POR MANVEL DE IRRIBERRI, FIADOR DE PEDRO DE ZVLVAGA, SEGVNDO Adminiſtrador que fue de la nao nombrada nueſtra Señora de la Vitoria, de que fue por Maeſtre Ioſephe de Palacios, nombrado por Pedro Chacon, primero Adminiſtrador de la dicha nao, y que deſpues continuó ſu adminiſtracion.

EN EL PLEITO, CON Doña Catalina de Eſpinel.

PORQVE ha muchos dias que eſte pleito eſtà viſto, y para que mejor ſe pueda diſcurrir en el derecho (aunque breuemente) ſupongo en el hecho, de que conſta por los autos, que el dicho Pedro Chacon fue nombrado por Adminiſtrador de la dicha nao por los acreedores della, y como tal Adminiſtrador nombró por Maeſtre della a Ioſeph de Palacios.

Item, ſe ſupone, que dicho Ioſeph de Palacios otorgò tres eſcrituras a fauor de la dicha doña Catalina de Eſpinel, que la vltima de ellas fue por 17. de Março del año de

de 638. en que el dicho Iosephe de Palacios confessò auer recebido della treinta y dos mil setecientos y diez y seis reales en plata para el apresto de la dicha nao, y se obligò, y la obligò a la paga dellos.

Y estando ya la nao para hazer su viaje, y despues del otorgamiento de las dichas escrituras, Gregorio de Leguia, Iuez oficial de la Contratacion de las Indias de la ciudad de Cadiz, teniendo la dicha nao su Maestre por auer preso al dicho Pedro Chacon, en su lugar nombrò por Administrador a el dicho Pedro de Zuluaga, para cobrar todos los fletes, y aprouechamientos que la dicha nao lleuaua, y pagar juridicamente las escrituras que huuiesse tomado a riesgo el dicho Ioseph de Palacios para el apresto, y despacho de la dicha nao, y registrar todo lo que quedasse del resto de los aprouechamientos de ella, por quenta de los acreedores de la dicha nao, pagando primero a la gente de mar, y lo demas que es obligacion, y las vltimas palabras del dicho auto son las siguientes. *Y auiendo pagado la gente, y obligaciones que el dicho Ioseph de Palacios aya tomado para el apresto de la dicha nao, registre por quenta de los acreedores de la dicha nao lo que restare:* y assi lo proueyó, y mandó.

En esta conformidad se hizo la obligacion, y la fiança que otorgò el dicho Manuel de Irriberri, y respeto de que a lo literal della se deue estar, sin que de su tenor nos deuamos apartar, cum instrumentum nihil aliud probet quam illud quod continetur in eo, l. ad probationem, l. 1. C. de probat. se refieren sus palabras a la letra, ibi: *Otorgamos, y conocemos que nos obligamos, de que yo el dicho Pedro de Zuluaga darê quenta con pago, buena, legal, y cierta, y verdadera, como tal Administrador de lo que estuuiere a mi cargo en la dicha nao, y de que entregarè y cobraré todos los fletes, y aprouechamientos que la dicha nao lleua, y truxere este viaje, y pareciere estar firmado por los conocimientos que ha fecho, y pagado el dicho Ioseph de Palacios, y pagaré juridicamente las escrituras que huuiere tomado a riesgo el dicho Ioseph de Palacios para el apresto, y despacho de la dicha nao, y registraré todo lo que quedare de resto de los aprouechamientos della por quēta de los acreedores*

dores de la dicha nao, pagando la gente de mar, y lo demas que es obligacion, donde no todo lo que desto faltare de cumplir, lo pagaremos a quien, como, y quando se nos mandare.

Hecha esta obligacion, Ioseph de Palacios hizo el viaje juntamente con el dicho Pedro de Zuluaga. Y parece q̃ despues Pedro Chacõ pareciò ante los señores Presidẽte, y Iuezes Oficiales de la casa de la Cõtrataciõ, y pidiò se le diesse licencia para ir a continuar su administraciõ, y que el General obligasse a Ioseph de Palacios le diesse la quenta de lo que era a su cargo, en cuya conformidad en 22. de Abril del año de 638. la sala de Gouierno despachó su carta acordada para el dicho General, firmada de los señores don Bartolome Morquecho, don Antonio Mãrique, don Diego de Villegas, don Iosph Flores, Andres de Munibe, diziendo lo que auia representado el dicho Pedro Chacon, y como se le daua licencia para que fuesse en seguimiento de la nao, y para que la administrasse, y tomasse la quenta, cuyo testimonio està a fojas 61.

Pedro Chacõ fue en seguimiento de la nao con la dicha carta, y en 20. de Setiembre del dicho año pidió al dicho General le entregasse la nao, y su administracion, y que el dicho Pedro de Zuluaga le diesse la quenta de lo que hasta entonces auia cobrado (como se hizo) y mandô asi, y el dicho Pedro de Zuluaga diò su quenta, y fue dado por libre della, de que consta por el testimonio presentado a fojas 60.

Esto supuesto, Manuel de Irriberri pretende que se ha de dar por ninguna la execucion, fecha en sus bienes, como fiador del dicho Pedro de Zuluaga, a pedimiento de la dicha doña Catalina de Espinel por los dichos treinta y dos mil setecientos y diez y seis reales que se obligò a pagarle el dicho Ioseph de Palacios, por no ajustarse al hecho, ni a la disposicion del derecho los dos supuestos que doña Catalina haze. El primero, que Pedro de Zuluaga, y sus fiadores estan obligados executiuamente a pagar la dicha deuda por obligacion legal, respeto de la que auia contraido el Maestre, queriendo darle nombre

bre de exercitor a Pedro de Zuluaga, y que contra el passa la via executiua. Y el segundo, que en este caso no ay solo contra el dicho Pedro de Zuluaga la dicha obligacion legal, sino la expressa conuencional, que se dize resulta de las palabras de la dicha obligacion, y fiança que quedan referidas.

Y su justicia la funda Manuel de Irriberri en los dos articulos siguientes, de que resultarà la satisfacion, y respuesta a lo que con tanto esfuerço, y ingenio ha pretendido fundar el Abogado de D. Catalina en su alegacion.

El primero, que Pedro de Zuluaga no se puede considerar como exercitor, ni darle en el derecho este nombre, y que aun quando le tuuiera, no podia resultar contra el obligacion legal de nombramiento, que no hizo, ni consintiò, ni pudo prohibir, y mas de obligaciones que estauan hechas, y contraidas antes que el fuesse nõbrado por Administrador, y que aun quando esto cessasse, nunca pudiera auer contra el via executiua. El segundo, que en la obligacion y fiança que el dicho Manuel de Irriberri hizo, no la ay conuencional para la paga de la deuda, sobre que es este pleito, por obligacion propia, sino antes lo contrario, y respectiua a lo que procediesse de los fletes, y aprouechamientos, en que para ellos auia de preceder la quenta que ya està dada.

Quoad primum Articulum.

LO primero, porque es cierto en derecho, que Pedro de Zuluaga no fue exercitor de la nao, ni se le pude dar este nombre, porque no conuiene con el efeto de su administracion, nam exercitor solum dicitur is adque obuentiones, & redditus omnes perueniunt, siue is dominus nauis sit, siue per auersionem à domino integrã nauem vna mercede conduxerit ad tempus, vel in perpetuum, l. 1. §. exercitorem 7. ff. de exercit. act. l. fin. §. fin. ff. de tribut. l. opus quod 36. ff. locati, l. 4. §. vltimo, l. si quis vina 4 §. si auersione, ff. de peric. & commod. rei venditæ, l. quod sæpè 35. §. nihil de contrah. empt. Cuiat. inst.

inst.de empt.in fine, lib. 8.obser. cap. 15. Ant. Faber in dicto §.exercitorem. Ex quibus iuribus apertè probatur que para que se pueda dezir que vno es exercitor, & dominus præponens taliter vt obligatus maneat ex facto magistri præpositi curæ nauis ex dispositione text. in d. l. 1. & per tot.ff.de exercit.act.& ex l.7.tit.21. part.4.el preponente ha de ser dueño de todas las obuenciones, y aprouechamientos de la nao, o ya porque tenga el dominio, o porque la aya arrendado toda, porque no basta q̃ sea en parte, vt probatur ex d.§. exercitorem, ibi: *Siue nauem à domino per auersionem conduxit*, idest in vniuerso vt probatur ex d.l.4.§.1.ff.de peric. & commo. rei vend. & animaduertit Ant. Faber in d. §. exercitorem, ibi: *Per auersionem idest in vniuerso.*

Y siendo assi que en el caso presente Pedro de Zuluaga no fue dueño de la dicha nao, ni la arrendó, sino solamente vn Administrador nombrado, y que a el no le pertenecieron sus aprouechamientos, ni le pudieron pertenecer, y solo quedò obligado al hecho de la administracion de ellos para dar estrecha quẽta, como la dió, es cierto en derecho que no se puede llamar exercitor, y qne assi no està comprehendido en el titulo de exercitoria act. y solo se deue considerar como vn mandatario, y procurador, que aunque huuiesse nombrado a Ioseph de Palacios, no quedaua obligado por el, ni el oficio de su administracion le podia ser dañoso, l.procurator, qui pro euict.ff.de procurator.l.fin.de inst.cum vulg.

Y no obsta dezir, que el Administrador de vna nao no es otra cosa en Latin que exercitor, porque conuienẽ en la sustancia, y exercicio, y que llamarse Administrador en nuestro lenguaje, es porque no es corriente, ni vsual el de exercitor, y que para serlo, no es preciso que le ayan de pertenecer los reditos, y basta que sea a su cargo la cobrança, porque el dezir el jurisconsulto in d. §. exercitorem, siue is dominus nauis sit, siue à domino nauis per auersionem conduxit, solo fue exempli causa, como se supone que lo dixo Antonio Fabro, ibidem in ratione decidendi, ibi: *Hic veró ille est, qui exercitor appellatur,*

 quia

quia eius, & imperio, & vtilitate nauis exercetur, nec alius est qui magistrum possit præponere, idest qui ius habeat præponendi, parumque refert, an dominus ipse nauis sit, an à domino ius habeat. Porque a esto se satisface facilmente, con que si bien cōfessamos, que el derecho no atiende a los nombres, sino a la sustancia, y efetos de los contratos, y a su esencia, y naturaleza, l. si insulam de præscrip. verb. es incierto dezir que el Administrador de vna nao, ad quem obuentiones, & redditus non perueniunt, sea exercitor, porque supuesto que la sustancia de serlo consiste, en que ad eum obuentiones, & redditus omnes perueniant, para que tambien pondero la palabra omnes, que el jurisconsulto pone en el dicho §. exercitorem, no conuiniendo nada desto al Administrador, de que aqui se trata, ni perteneciendole cosa alguna, mal se dize que es lo mismo, y que la definicion de exercitor se puso exempli gratia, in d. §. exercitorem, porque si bien ella bastaua para nuestro intento, quia omnis definitio debet conuenire cum suo definito, Antonio Fabro no le passò por la imaginacion, ni pudiera hombre tan grande dezir lo que se supone, antes el mismo lugar que se cita prueba nuestro intento, y que no se puso exempli gratia, sino por definicion del efeto que ha de auer para que vno se pueda llamar exercitor, como se prueba bien de las palabras que se siguen a el lugar que el Abogado contrario refiere en su alegacion, y cortò, a donde tambien le hallarà constituida la diferencia que ay entre el exercitor de la nao, que solo es aquel, ad quē obuentiones, & redditus omnes perueniunt, y el Administrador, sicut in præsenti vt denotant verba, ibi, *Parumq; refert an dominus ipse nauis sit, an à domino ius habeat, quomodo habet ille qui nauem conduxt per auersionem, idest lucra omnia quæ nauis exercitio afferre potest,* & ibi: *Quia cum agitur de naui quæ quotidie exercetur ille pro domino habendus est, ad quem obuentiones omnes quoquo iure perueniunt, non similiter autem tabernæ exercitor quisquam recte dicetur, sed ille tantum qui nauem exercet, quamuis etiam taberna exerceri dicatur.*

Y menos obsta dezir el Abogado contrario, que para

su

su proposito basta que el Administrador, o exercitor, habeat ius præponendi magistrum, y que lo aya prepuesto, y nombrado, para que quede obligado, d. l. 1. §. magistum, ibi: *Omnia enim facta magistri præstare tenetur, qui eum præposuit.* Porque a esto se satisface mas llanamente con lo referido en que queda fundado, que el preponente es el exercitor, de quien habla el Iurisconsulto, in d. §. magistrum, y se prueba por el § hæc actio eiusdem legis ibi: *Hæc actio ex persona magistri in exercitorem datur*: Y aqui Pedro de Zuluaga no fue exercitor, sino Administrador solo para el caso comprehendido en su obligacion, y dar la quenta.

Y todo venia a cessar con que el Maestre, que era Ioseph de Palacios, no lo nombrô Pedro de Zuluaga, sino Pedro Chacon, y quando Zuluaga entrò a ser Administrador auia mucho tiempo antes vsado de su nombramiento, y otorgado las escrituras que aqui se tratan de executar contra Pedro de Zuluaga, que esto basta para que se conozca que no ay derecho contra el, vt expresse extat decissum in d. §. magistrum, ibi: *Omnia enim facta magistri præstare tenetur qui eum præposuit.* Y asi no auiendo prepuesto Pedro de Zuluega, no se puede pretēder que estè obligado al hecho antecedente del que no prepuso, aun quando considerasemos a Pedro de Zuluaga como exercitor, que esto basta para exclusion del intento, de que contra el aya obligacion legal, y por ser esto tan cierto, aunque el Abogado de doña Catalina en el primero articulo pretendiò fundar lo contrario, en el segundo a fojas 4. de su alegacion versiculo, segundo supōgo, confiessa la certeza de esta dotrina, y la pone por supuesto firme, y constante, con que no era necessario cansar a v. m. con mas discurso para exclusion del intento de doña Catalina de Espinel.

Lo segundo, porque el nombramiento en el dicho Pedro de Zuluaga fue solo para cobrar los fletes, y aprouechamientos que la dicha nao lleuaua, y pagar las escrituras, y la gente, y registrar el resto: y asi en el no se puede considerar volūtad, ni potestad para que el dicho Ioseph

Iosephe de Palacios pudiera obligarle, aun quando lo huuiera prepuesto, porque la facultad de su administracion no se estẽdió a que pudiera tomar dinero prestado, ni a que otro lo pudiera obligar por el, porque no era mas de vn Administrador, nombrado para el dicho efeto, que no podia estenderse a otro caso, ni a su persona, sino solo dentro de los limites de la administracion, y de los bienes de ella, y durante su tiempo, l. veteribus, ff. de pactis, l. quidquid astringende de verb. obligat. l. fin. ff. de inst. act. ibi: *Respondi nec iure his verbis obligatum, nec æquitatem conueniendi eum super esse, cum id institoris officio ad finem mensis præstandum adscripsisset.*

Y asi aun quando Zuluaga huuiera nombrado al dicho Iosephe de Palacios, y despues del nombramiento contrajera las dichas deudas, no estaua obligado a ellas, aunque fuesse exercitor, l. 1. §. non autem, ff. de exercit. act. ibi: *Non autem ex omni causa Prætor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi præpositus fuerit, idest si in eã rem præpositus sit*, l. fi. ff. quod cum eo, ibi: *Negabat eo nomine se conueniri posse, quia non in eam rem præpositus fuisset*, d. l. 4. tit. 21. P. 4. de que es cierto, que faltando la voluntad, y potestad para lo que se auia obligado el dicho Ioseph de Palacios su hecho, aunque fuesse posterior, no podia produzir, ac cum exert. contra Pedro de Zuluaga, y su fiador.

Y considerase mas, con que aun los Maestres, prepuestos por que el es verdaderamẽte exercitor, conforme al derecho destos Reynos, y ordenanças desta casa, no tienen, ni se les concede facultad para tomar dineros prestados, ni a riesgo de nao, ni obligar con ello a la misma nao, ni a su dueño, ni mas de la que se contiene en la ordenança, num. 160. que pone la forma de las fianças de los Maestres, y Maestrajes, que como accesoria se regula, como principal de ellos mesmos, en la qual no està comprehendido el caso de tomar dinero a riesgo sobre la nao, sino antes circunscripto, y especificado el numero de las cosas, a que el Maestre se ha de obligar, y fiar el fiador, y asi la inclusion de ella, es exclusion de todo lo

demas,

demas, para que se entienda estar libre el dicho Manuel de Irriberri, fiador de Pedro de Zuluaga, en quien procede esto cō mayor razon, y mas atendiendo q̄ su fiança, que por la ley del Reyno no se pudo estender a mas del auto de administracion, fue solo de que el dicho Pedro de Zuluaga daria buena quenta de los dichos fletes, y aprouechamientos, y auiendo pagado dellos las escrituras, y la gente, lo que quedasse de resto lo registraria, cap. nonnè de præsump. l. cum Prætor in prin. ff. de iudi. Bart. cons. 6. num. 4. lib. 4. l. vnica, §. sin autem ad deficientis, C. de caducis tollend. cap. ad audientiam, el segundo de decimis, l. si seruus, §. Prętor. ait, versiculo non dixit, de adquir. hæredit. Menoch. cons. 30. num 8. Surd. cons. 229. num. 21.

Lo tercero, porque aun quando todo cessasse (que procede con llaneza) y diesemos caso que se pudiera dezir, que Pedro de Zuluaga era exercitor, y huuiesse nombrado a Ioseph de Palacios, y despues del nombramiento se huuiessen contraido las obligaciones, adhuc, no pudiera tener lugar contra Pedro de Zuluaga, y menos contra su fiador del caso particular de la dicha administracion, en que fiò la accion exercitoria, que menos biē se intenta, aunque huuiera precedido permission del Consulado para tomar el dinero a riesgo sobre la nao, como deuiera preceder, conforme sus ordenanças que anulan el acto, que de otra suerte se haze porque en qualquier acontecimiento era menester que constase que la nao tenia la necessidad que se dize, y de las cantidades que se tomaren para su apresto, y refeccion, y despachó. Ex reg. text. in l. fi. ff. de exercitoria act. sin q̄ a esto obste la alegacion que el Abogado de la parte contraria hizo del §. vnde quærit, Offilius d, l. 1. de exercit. por el qual se dize se prueba no estar esto a cuydado del acreedor que da su dinero, y que basta el auerlo dado para que el Maestre lo expenda, y que si el Maestre fraudulentamente no lo hiziere, no corre por quenta del tal acreedor, sino del exercitor que le prepuso, ibi: *Et ait si hac lege accepit quasi in nauem impensurus, mox mutauit volunta-*

tem teneri exercitorem imputaturum sibi cui talem præposuit: porque a esto se satisface facilmente con la diferencia de los tiempos, y casos que en la materia de aquel titulo se consideran, y refieren, in d.l.fi. que deuen interuenir.

El primero tiempo, que la nao se ha de hallar con precisa necessidad del reparo, o refeccion para que se recibe el dinero, y en solo la cantidad necessaria, y esto que primero se ha de ver, y considerar, es a cargo del acreedor que lo presta, vt extat decissum in d.l.fin.de exercit, ibi: *Respondi creditorem vtiliter acturum, si cum pecunia crederetur nauis in ea causa fuisset, vt refici deberet*: porque no se deue fiar de que el Maestre se lo diga, sino que a el le conste, y probarlo, para que pueda tener recurso contra el exercitor, vt ex d.l.fi. probatur, ibi: *Non vsq; adeo negligens esse debet, & credulus creditor, vt non debeat scire, & inuestigare in illam rem se credere cui magister nauis præpositus fuerit; quod non aliter contingere potest, quam si illud quoque scierit necessariam esse refectioni nauis pecuniam tantam*, que es todo lo que aqui faltó, aun respeto del que nombró al dicho Ioseph de Palacios.

Y el segundo tiempo, es quando se haze el prestamo, y la forma del, en que es a cargo del acreedor ver que sea para su refeccion, y solo en la cantidad necessaria para el efeto della, d.§. vnde quærit, ibi: *Si hac lege accepit quasi in nauem impensurus.* Desuerte, que estas dos cosas son a cargo delacreedor, porque aunque parezca que se le podia imputar al exercitor el auer puesto vn mal Maestre que conuirtiesse en diferentes vsos el dinero, que pidiò prestado con intencion de gastarlo en la nao, la obligacion del acreedor es de proueer los dos casos referidos, y por su culpa de no hazerlo, no se le dà la accion exercitoria, d.l.fin.eodem tit.

El tercero caso, y vltimo, que se considera, es con suposicion de terminos habiles, de que el acreedor preuido, y cuydò de los dos antecedentes, y expressò, que el dinero que daua, era para la refeccion, y entonces no corre por quenta suya que se conuierta el dinero, in refectionem nauis, vt probatur ex d.l. fin. y en este vltimo

caso

caso,y quando ya el acreedor auia preuenido los dos primeros, procede la decision, d. §. vnde quærit Offilius, porque el Iurisconsulto alli presupuso los terminos habiles de los dos tiempos,y casos que deuian preceder, y verificarse por el acreedor, que es todo lo que aqui falta, y en este sentir hablan, y se han de entender las palabras del auto del Iuez deCadiz,ibi:y pagar juridicamente las escrituras,ideſt,las que tuuiessen los requisitos que el derecho dispone, para que la nao quedasse obligada.

Lo quarto,porque respeto de Manuel de Irriberri,aũ quando todo lo referido cessasse (que no haze) en ningun caso se pudiera aqui considerar obligacion legal cõtra el, porque la fiança que hizo, no miró a obligacion exercitoria, ni a hecho de preponente,y solo fue restringida al caso de la administracion del dicho Pedro de Zuluaga,que fue limitada, y para solo cobrar los fletes, y aprouechamientos, y dellos pagar la gente, y obligaciones que el dicho Ioseph de Palacios huuiesse tomado para el apresto de la dicha nao, y registrar por quenta de los acreedores della lo que restare, que son las vltimas palabras formales del auto del Iuez deCadiz,y assi no se puede estender su fiança a otro caso alguno, ni interpretar las palabras della, mas de que lo literal suena, por ser de la naturaleza de la fiança, vt eius efectus nunquam extendatur, nisi quatenus se extendunt verba, & ideo fideiusa non obligatur, nisi quatenus est specificatum,Decian.cons.72.num.18.cum seq.vol.2. latè Surd. decis. 212.in prin. Philip.Dec. cons.93. num.3. Rolan. cons.58.num. 20. Menoch. cons. 119. num. 6. Alban. cons.151.num.14.vbi plures refert.

Et ratio est quia fideiusio semper strictè debet intelligi,l.Blanditus,C.de fideius.& ideo non extenditur vltra formalitatem verborum,& præter casus veros,&expressos,in ea Bald.cons. 142.per tot.vol.5.Benintẽdis decis. 16. num.5.Natta cons.202.num.5.& 6.vol. 1.Tiber.Decian.d.respon.72.num.18.

Et ideo fideiussio restricta ad certum genus negotiationis ad aliud non extenditur,nam diuersarum negotia-

tionum

tionum diuersi sunt fines, & diuersæ obligationes l. quicumq; §. non tamen, ff. de instit. act. l. Titianus, ff. quod cum eo, imò si sit alterius generis ac permissi minus censetur inducta obligatio, l. Titiæ testatores, ff. de legat. 1. l. hoc legatus de legat. 3. Bald. d. cons. 142. lib. 5. num. 1. & cons. 428. lib. 2. vbi affirmat quod fideiussio restricta ad certam causam exercitij non extenditur extra causã.

Y assi siendo la fiança del dicho Manuel de Irriberri, restringida solo al caso de la obligacion de dar el dicho Pedro de Zuluaga quenta de la cobrança de los fletes, y aprouechamientos de la dicha nao, & sic restricta ad certum, & limitatum casum, nunca se pudiera extender a considerar en el obligacion legal, aun quando fuesse Pedro de Zuluaga exercitor, Iason in l. age. num. 10. C. de transact. Felin in cap. cum olim, num. 6. de rescrip. Rolan. cons. 58. num. 20. vol. 1. Surd. d. decis. 212. num. 2. nam fideiussor non tenetur quando variantur res, causa, & actio, Heringius tract, de fideiussor. cap. 20. §. 26. num. 30.

Lo quinto, porque aunque el dicho Pedro de Zuluaga huuiera sido exercitor, y nombrado a Ioseph de Palacios, y este huuiesse contraido las deudas despues del nombramiento, y en el tiempo que ya era Administrador Pedro de Zuluaga, y la fiança de Manuel de Irriberri, se estendiesse al caso de la nominacion, y tomar en si expressamente la obligacion legal del exercitor en todos los casos que pueden resultar contra el, adhuc, no podia auer via executiua contra el dicho Manuel de Irriberri, porque esta no se dà a las obligaciones tacitas legales, ni aun en las expressas reduzidas a instrumento publico, la conociô el derecho comun, l. minor 25. annis cui fidei commissus, ff. de minoribus. Y assi fue necessario que para las conuencionales expressas, reduzidas a instrumentos publicos, viniesse la disposicion de la ley 2. tit. 21. de la Recopilacion, conforme a la qual de derecho destos Reynos solo los instrumentos publicos de obligacion traen aparejada execucion, y esto solo contra las personas en ellos mencionadas, porque no lo estando

tando, le basta a el reo executado oponer y dezir, de me non loquitur instrumentum, ni estoy nombrado en el Collerus de proces. executiuis, 3.p.cap.1.nu.80.Bald. cons.149.&in Rub.Cod.de fide instrumentorum, num. 6, vbi affirmat, quòd instrumenta nõ probant in eo contenta nisi pro, vel contra rogantes, vnde Bart.in l.1.§.interdum, num.4.ff. à quib. appell.non liceat, & Alexan. in l.1, §. si hæres in princ.ad Trebell. & Asinius in praxi, §.31.cap.2.limitatione 25. nu.3. affirmant, quòd statutum tribuens executionem instrumentis non se extẽdit nisi ad personas, & bona contrahentium, inter quas illud est celebratum, non contra tertium.

Y esto es indubitable, porque aun la sentencia executoriada, que por derecho comun traia aparejada execucion, no la tenia contra el que no estaua mencionado en ella, licet fuisset citatus ad causam. Salgado de regia protectione, 2. tom. p.4 cap.8.numer.42. y asi no estando Pedro de Zuluaga, ni Manuel de Irriberri mencionados en las dichas escrituras, bastaua solo para que se diesse por ninguna la execucion, pues no se pudo mandar hazer contra ellos.

Y no obsta dezir, que las escrituras referidas traen aparejada execucion contra el exercitor de la naue, o administrador: porque aunque expressamente no estè nõbrado en ella, basta que por instrumentos publicos, o recaudos autenticos conste del nombramiento de Ioseph de Palacios: para que se trae la doctrina de Bart. in l. 1. de ijs, quæ in testam. delentur, adonde en el num. 3. refiere, que si por escritura constare, que el marido recibio la dote, aunque en ella no se obligase a restituirla, habet paratam executionem, quando adest statutũ, quod instrumentum publicum mandetur executioni. Porque por esta doctrina no se prueba el intento, sino antes lo contrario, y lo mesmo que aqui afirmamos. Lo primero porque se presupone, que en el caso que refiere Bartulo in d.l. 1.num.3.huuo instrumento publico, en que el marido confessò auer recibido la dote, vt denotant verba, ibi: *Quidam mulier habebat instrumentum, quod vir fuerat con-*

fessus se habuisse dotem, & de ea fecerat quietationem: y assi estaua mencionado en el. Y lo segundo, porque de la misma confession, que el marido hizo, y del recibo, ipso iure, se supuso la obligacion de la restitucion, l. 1. in principio, C. de rei vxoriæ actione, sin q̃ fuesse necessario expressarlo, l. si duo patroni, §. Marcellus, ff. de iure iur. Bald. in l. vbi adhuc, Cod. de iure dot. en cuyos terminos habla en la ley ad probationem, C. de probat. y se entienden sus palabras, ibi; *Quod tacitæ stipulationes sic mandantur executioni, sicut expressé,* como en el mutuo, de cuya naturaleza es, aunque no se diga, deboluer lo mismo que se presta, l. 1. & per totum, ff. de rebus creditis.

Y estas fueron las razones de la doctrina de Bartulo, a quien siguen todos, y Rodrigo Suarez en la ley post rẽ iudicatam, ff. de re iudicata, in declaratione legis Regni; y Parladorio lib. 2. rerum quotidianar. cap. fin. 1. p. §. 11. ampliat. 4. per tot. & num. 20. in fine, ibi: *Ex quo illud infertur, cum pro restituenda dote stipulatio, etsi adiecta non fuerit ipso iurè supposita intelligatur exequendum esse instrumentum publicum, in quo dotem à se receptam maritus confiteatur, etsi de dote restituenda nihil cautum fuerit.* De suerte que estos autores todos presuponen, que ha de auer instrumento, y recibo de dote; de cuya naturaleza resulta la restitucion, para que pueda auer lugar la execucion. Y assi en nuestro caso, adonde Pedro de Zuluaga, y su fiador no estàn mencionados en instrumento alguno, ni recibieron cosa, a que ipso iure estèn obligados a su restituciõ, no puede obstarles la dicha doctrina, sino antes hazer en su fauor, para que della conste mas bien, que no ay en que fundarse la execucion.

Y menos obsta el lugar de Euia Bolaños en su comercio terrestre lib. 1. cap. 4. num. 38. adonde resuelue, que el instrmento publico de la deuda, contraida por el fator en su administracion, aunque por ella sea obligado el señor, y por el se obligue, no trae aparejada execucion contra el señor, sino es que aya instrumento publico de poder para obligarle, porque este es necessario para ello, conforme a la dicha ley 2. tit. 21. lib. 4. recopilat.

copil. ſequitur, & facit, o que por lo menos del nombramiento del fator aya inſtrumento publico, pues en el ſe comprehende tacitamente el poder de obligar: y que el inſtrumento publico, no ſolo trae aparejada execucion por lo en el expreſſo, ſino tambien por lo que tacitamẽte ſe entiende y comprehende ex doctrina DD. quos ſupra retulimus. Porque eſte lugar no es en terminos de nueſtro pleito, como menos bien de contrario ſe dize, ſupueſto que en el faltan los preſupueſtos, en que Euia Bolaños funda ſu doctrina. El primero, porque aqui no ay poder, ni inſtrumento publico del mandato. Y el ſegũdo, porque tampoco ay inſtrumento publico de nombramiento de fator, porque Pedro de Zuluaga no nombró a Ioſephe de Palacios, ni a eſto ſe eſtendio la fiança de Manuel de Irriberri. Lo tercero, porque aunque huuiera nombramiento, no podia venir en el tacitamente facultad para poderle obligar; porque ni tuuo voluntad, ni poteſtad para ello Pedro de Zuluaga, como queda fundado: y aſsi lo que expreſſamente no pudiera hazer, mal ſe debe entender poderſe colegir tacitamente. Lo quarto, porque lo tacito en eſto nunca pudiera ſer executiuo, pues no auia inſtrumento publico de recibo, y contrato, en que huuieſſe obligacion tacita, inducida por ley expreſſa, como ſe requiere, y la ay en el mutuo, y dote, y otros deſta calidad.

Demas de que la doctrina de Bolaños, aun en ſus proprios terminos, es muy dificultoſa, y ſolo podia tener certidumbre en el poder que ſe dà para obligar, no empero para adminiſtrar, porque no ſe puede negar, que viene a eſtar dudoſo, ſi eſtà, o no obligado el que otorgò el poder: y conſequentemente no puede auer via executiua, laqual como tã riguroſa, y exorbitãte, nũca ſe pueda admitir, ſino en virtud de vna obligaciõ clara, y expreſſa, y en reſultando duda in iure, vtrùm mandans virtute mandati eſſet obligatus, necnè? Eo ipſo eſt difficile, & æquiparatur dubio facti, que requiere primero determinacion, y ſentencia de Iuez, precediendo largo conocimiento de cauſa, y no en via executiua, ex his, quæ in ter

minis

minis resoluit Marescotus lib. 2. variarum resolut. cap. 121. num. 81.

Quoad secundum articulum.

PARA la resolucion deste segundo articulo, y que se tenga por cierto, que el dicho Pedro de Zuluaga, y Manuel de Irriberri en la obligacion, y fiança q̃ hizieron para la dicha administracion, no se obligaron, ni quisieron obligar por sus personas a la paga de las escrituras, sobre que es este pleito, sino solo respeto de lo q̃ procediere de los aprouechamientos de la dicha nao: y en contemplacion dellos, non suo, sed administratorio nomine, bastaua ver el tenor de su obligacion, y fiança, que fue solo para la cobrança de los fletes, y pagar juridicamente las escrituras que huuiesse tomado a riesgo el dicho Iosephe de Palacios, para el apresto de la nao, y registrar todo lo que quedase de resto de los aprouechamientos della, para que no se pueda estender al caso de la obligacion propria, como menos bien de contrario se pretende, pues le resisten todas las reglas, y principios de derecho: cúm in eo certissimum sit, quòd quælibet conuentio suis terminis præscriptis clauditur, l. stipulatus est opus, l. fideiussores magistratuum, §. pro Aurelio ff. de fideiuss. Roman. cons. 444. num. 3. in fine: & ante eum etiam scripsit Baldus in cap. venerabilem, num. 15. in fine de electione, dicens, *nullam conuentionem extra suos terminos trahi, siue reales, siue temporales, siue verbales.*

Nam, quod verbis non est comprehensum pro omisso haberi debet, neque alter ex contrahentibus potest interpretari, & dicere, se hoc, vel illud, & non aliud intellexisse, quando id ex verbis concipi non potest, d. l. quid quid astringendæ in princ. l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, de verbor. obligat. & ideò quod non ordinatur in contractu pro nullo habetur, Bald. in cap. 1. de fœudo guardiæ, & quod non cantat instrumentum, neque ego cantabo more venetorum, vt ait idem Baldus in l. cum pater, §. dulcissimis, de legat. 2. quia in contractibus, & in omnibus conuentionibus illa est legitima interpreta-

tio

tio conuentionis, quæ lege poteſt, & ab eius tenore non eſt recedendum, d.l. ad probationem, la 1.C. de probat. Bald. in l. ex hoc iure nu. 5. in fine de iuſt. & iure, Tiber. Decian. reſponſ. 21. à nu. 3. lib. 2.

Et ideo in contractibus extenſio obligationis vitanda eſt, l. fundi, nihil, ff. de actionib. empti, Bald. conſ. 402. verſi. nam in contractibus, lib. 1. quare quod dictum nõ eſt, non debet intelligi, nec actum præſumitur, quod verbis non eſt expreſſum, idem Bald. in l. 2. in princ. de naut. fœnore, & in d.l. ad probationem, & ſicut contractus non extenditur de tempore ad tempus, l. epiſtola, §. vltimo, ff. de pactis, l. cum Hermes, ff. locati, ita non extenditur de re ad rem, neq̃ue de perſona ad perſonam, argumento l. miles ita hæredem poſt prin. verſi. & quia diximus, ff. de milit. teſtam. quam ad hoc propoſitum inducit Bald in cap. 1. num. 2. in fin. qualiter domi. prop. fœud. priuet. quod expreſſe probatur ex l. ſi vnus, §. ante omnia, ff. de pactis.

Y eſto ſe haze mas llano no ſolo por la naturaleza de la obligacion, como ſe dirà, ſino por lo literal della, y del auto de adminiſtracion, y ſus palabras, ibi; *Y auiendo pagado la gente, y obligationes que el dicho Ioſephe de Palacios aya tomado para el apreſto de la dicha nao, regiſtre por quenta de los acreedores de la dicha nao lo que reſtare*: y aſsi la obligaciõ fue de regiſtrar todo lo que quedaſe de reſto dellos, auiendo pagado juridicamente las eſcrituras, ibi: *Y pagaré juridicamente las eſcrituras que huuiére tomado a rieſgo el dicho Ioſephe de Palacios, para el apreſto y deſpacho de la dicha nao, y regiſtraré todo lo que quedare de reſto de los aprouechamientos de ella, por quẽta de los acreedores ce la dicha nao, pagando la gente, y lo demas que es obligacion.* Cuyas palabras ſolas denotan bien, que la paga que ſe obligó hazer de dichas eſcrituras fue como Adminiſtrador, ratione offitij, y de lo que auia de cobrar, y en ſu contemplacion, y que dello auia de dar la ſatisfacion, porque aunque no dixera de lo que quedare de reſto, ſino ſolo del reſto, baſtaua para entenderſe aſsi, nam verbum reſiduum præſuponit antecedentem ſolutionem in reliquo, y eſta es ſu propia naturale-

za, Bald. in l. 2. num. 2. C. de hæred. instit. ibi: *Potest attendi, scilicet propia natura istius verbi residuit*, & in cõs. 251. lib. 3. nam hæc dictio propriè verificatur in eo, quod remanet vt in l. quod si Mæuius de hæred. inst. & in l. 2. qui non militabat, §. vltimo eodem titulo, vt cum Baldo, Paulo, Merescot. & alijs tradit Barbosa de dictionibus dictione 348. num. 1. y en nuestro comun vso de hablar se entiende asi, que esto bastaua aun quando por derecho no estuuiesse dispuesto, nam communis vsus loquendi præfertur propiæ verborum significationi, & ei statur, l. librorum, §. quod tamen Casius vbi glos. delegat. 3. l. labeo de supellect. legat. quod in obligationibus, & contractibus sine dubio procedit, Mantic. de tacitis, & ambiguis, lib. 2. tit. 8. num. 1. cum seq. & idem Barbosa d. loco. num. 5. refiere quod arguit solutionem partis ad quam quis tenebatur, con que se denota mas bien que la obligacion literal, y expressa, solo fue de cobrar los dichos fletes, y pagar dellos, y registrar el resto, sin que se pueda estender a obligacion propia del Administrador, y su fiador. Y esta palabra el resto se puso aun para mas denotar, y declarar el dicho efeto, como se deue entender asi, cum nec minimum quidem verbum in instrumentis contractuum, & obligationum positum sine operatione debeat esse, l. si quando 109. ff. de leg. 1. l. si stipulatus 4. de vsur. Alexan, cons. 151. num. 6.

Y esto se verifica mas cõ la asistencia de derecho, que para esto tienen Pedro de Zuluaga, y su fiador, porque si bien, in dubio, siempre se presume, quod quilibet actum facit, eo modo quo sibi est vtilius, y menos dañoso, vt cum Bart, & Tiraq. tradit Menoch. de præsumpt. lib. 3. præs. 136. num. 15. cum seq. el que contrae, sub nomine officij non obligatur ex sua persona nec de proprio, como no se obliga el Procurador, y Administrador, ex latè traditis à Parisio, cons. 78. num. 34. cap. 3. seq. vol. 1. & probatur ex l. procurator, qui pro euictione de procurator. l. si. pupilli, §. 1. vbi Bart. num. 2. de negot. gest. l. fin. ff. de inst. act. l. 7. tit. 1. P. 5. vbi Gregor. glos. 4. Surd. cõs. 19. n. 11. lib. 1. Gutier. de tutel. 2. p. cap. 13. nu. 10. adonde pone este por el primero caso de los indubi

tables,

tables, aun en el institor que acabó el oficio, cuyo nombre no se puede aplicar al desta administracion, que fue restringida solo para vn caso, si bien se acabò el efeto della, y assi procede en el lo que refiere, idem Gutier. num. 11. y la razon desto es, quia nemini suum officium debet esse damnosum, l. sed siquis de signatorib. ff. quemadmod. testam. aperiantur, l. inter officium, ff. de rei vindicat. l. post legatum, §. aduocatum, ff. de ijs quib. vt indig. Surd. d. loco, num. 12.

Y para que se entienda que el Procurador, ad negotia, o Administrador, licet procuratorio nomine contraxerit ex sua propia obligatione, & persona teneatur, es necessario que el mismo expressamente diga, que por su persona se obliga, y que el instrumento contenga dos obligaciones, vna del mandante, en cuyo nombre lo haze, y otra del tal procurador, o Administrador que tome en si tambien la carga de la obligacion, vt probatur ex d. l. procurator qui pro euictione, ff. de procurat, ibi: *Fidem suam astrinxit*, & ibi: *Qui pro domino vinculum obligationis suscepit*, vt post Angel. & Sociu. animaduertit Gutier. d. loco, num. 17. cum seq. l. in eũ, §. tabernæ de inst. ibi: *Cum acceptæ pecuniæ speciem fideiubendo negotium tabernæ miscuerit*. Quia tunc talis Administrator, vel Procurotor egressus est naturam officij, vt animaduertit Boerius decis. 273. sub num. 5. versiculo quia procurator.

Y no auiendo en la dicha obligacion, y fiança obligacion propia, & extra naturam officij, de pagar las dichas escrituras, es indubitable que los dichos Pedro de Zuluaga, y su fiador, no estan obligados a lo que se les pide.

Y en nuestro caso es mas indubitable lo referido, pues aun quando huuiesse duda, o ambiguidad alguna en las palabras del auto del Iuez de Cadiz, y de la obligacion, y fiança (que no la tienen) se deuia atender a lo mas verisimil de la voluntad de Zuluaga, que fue no obligarse por su persona a la paga de debito ageno, sino solo respeto del oficio de Administrador, y juntamente de lo que auia de cobrar de los fletes, y aprouechamientos, porque si bien lo demas por derecho no se presume,

l. cum

l.cum de in debito de probat. es cierto en el, quod in omnibus conuentionibus ambiguis, & obscuris, se ha de seguir siempre, illud quod verisimile est, l. in obscuris, l. semper in stipulationibus de reg. iur. nam verisimilitudo cæteris omnibus coniecturis, & præsumptionibus anteponitur, l. veteribus, vbi glos. ff. de pactis, vbi Bart. nu. 5. Tiraq. in l. si vnquam in principio, num. 54. de reuocand. donationibus.

Vnde in contractibus semper inspicitur, quod credibile est actum, l. 1. C. quæ res pign. l. vltim. in prin. de contrah. stipulat. ibi: *Verisimile est esse hoc inter eos actum, nam quod verisimile est sequimur*, l. cum ex pluribus, ff. de solut. l. quoties in stipulationibus, l. inter stipulantem, §. 1. de verb. obligat.

Y no es creible, ni cabe en entendimiento humano, que Pedro de Zuluaga por si propio se quisiesse obligar a la paga de las deudas agenas, y lo verosimil, y cierto es, que solo lo hizo ratione officij, y solo para pagar de lo que cobrasse, y no de otra suerte.

Y esto se haze mas euidente considerado, quod vniuscuiusque contractus initium, & causa spectari debet, l. si procuratorem in fi. ff. mandati, l. 1. §. si seruus, ff. depositi, l. Pomponius, §. 2. ff. de negot. gestis, l. si filius, ff. de verb. obligat. Bald. cons. 263. num. 1. Paul. Paris. cons. 54. num. 56. & cons. 55. num. 45. lib. 1. Zephalus cons. 379. à num. 93. Y siendo assi, que el principio, y causa de la obligacion, fue solo para el mayor beneficio de la nao, y de sus acreedores, y para su mejor administraciõ, no se puede pensar, ni imaginar, que el dicho Pedro de Zuluaga por la comodidad agena, quisiesse tomar en si la carga de las dichas obligaciones, haziendo el daño propio, y siempre se deue entender que fue su obligacion, ratione officij, & eius contemplatione, & non nomine proprio, y mas siendo regla cierta de derecho, quod contractus, & obligationes sic debent intelligi, vt alter ex contrahentibus detrimentum non patiatur, etiam si verba videantur repugnare, quia sic æquitas naturalis persuadet, Calderin. cons. vltim. col. 1. Grauet.

cons.

consil.245.num.9. & in consil.294. num.8. versiculo vigesimo, & in cons.334. num.3. ibi dicit reijciendam esse illam interpretationem per quam, quis remanet deceptus, & aliquis ex contrahẽtibus damnum sentiat. Menoch.cons.55. nu.23.lib.1. & cons.128. num.10.& ideò semper debet existimari eam fuisse mentem contrahentium, vt par oneri commodum sit, quia hoc suadet æquitas naturalis, l. secundum naturam, de regul. iur.C.qui sentit eodem tit.lib.6.l.quod in princ.de pericul. & commod. reivenditæ, & hac interpretatione vtitur Raphael Cuman.in cons.162.num.4. & Crauet. cons.957.num.20.

Y en nuestro caso,no siendo necessario impropiar las palabras,ni auiendo ambiguidad en la obligacion;porque solo fue respectiua de lo que se cobrasse de dichos fletes, y aprouechamientos, corre mayor razon, para que se entienda, que en ella no està comprehendido Pedro de Zuluaga, ni su fiador, por obligacion propria, pues no se puede negar el detrimento,y daño que le resultaria, y la desigualdad tan grande de obligarse a pagar deudas agenas, por vna administracion, de que no tenia comodidad,ni podia ser ygual al daño.

Y si esto procede,aun para vna via ordinaria:quanto mas auia lugar en la via executiua, de que aqui se trata, que aun no se pueda pensar, que en virtud de la dicha obligacion, y fiança, pueda auer obligacion executiua contra Pedro de Zuluaga, y su fiador, para la cobrança de las dichas escrituras.

Y considerase mas, que la dicha obligacion y fiança, aun en sus terminos,y caso de que trata, que fue solo para el nudo ministerio de la dicha administracion,no podia ser executiua, pues lo principal de ella miraua a dar la cuenta que auia de preceder: que aunque no estuuiera dada,solo auia derecho para pedirla;y acabada,pedir el alcance, y estando como està dada, y pagado al dicho Pedro Chacon, que fue el verdadero administrador, y parte legitima para cobrarlo en virtud de su nombramiento,y carta de la Sala de Gouierno, en que se mãdó

F se le

se le entregasse, no puede darle recurso alguno contra el dicho Pedro de Zuluaga, y su fiador, pues de todo estan libres.

Et sic non obstat in contrarium aducta adhùc articulum; porque a lo primero, que es dezir, que por la dicha obligacion de dar cuenta de la administracion, y fiãça, quedaron Pedro de Zuluaga, y Manuel Yrriberri su fiador, obligados por expressa obligacion conuencional, a la paga de las escrituras de doña Catalina de Espinel, y se le adquiriò derecho para ello, por auto del Iuez de Cadiz, se satisfaze con lo referido, y que este presupuesto en el hecho, y derecho, no es cierto, pues para que se pueda considerar por obligaciõ propria en el administrador, es necessario, que el expressamẽte por si, & suo nomine tantum, se obligue, y fie, como queda fundado, & brobatur ex dict. §. tabernæ, ibi: *Fideiubendo negotium tabernæ miscuerit*, que requiere expressa obligacion, y fiança: y no auiendo aqui tal fiança, ni obligaciõ, sino solo el auto del juez de Cadiz, que no la contiene: bien se reconoce, que el, supuesto que por doña Catalina de Espinel se haze, es incierto, y asi corruit dispositum.

Y a lo segundo, en que se dize, que la dicha obligacion contiene diferentes partes, y obligaciones, cada vna diferente de la otra, sin que la obliacion de pagar las escrituras, tenga dependencia de dar las cuẽtas; porque dize, que este fue cargo con que se le diò el oficio, para que se alega la ley fundi partem, ff. de contrahẽd. empt. y que asi Pedro de Zuluaga se obligò a pagar por su persona las dichas escrituras, se satisfaze con lo mismo que queda referidò: y que si bien a qui no viene la ley fundi partem, ni su decisiõ, el auto del juez de Cadiz, y la obligacion a el correspõdiente, es todo vn contexto indiuisible; que mirò solo a la forma de la administracion, y para que de los efetos della se pagassen las dichas escrituras: cuyas palabras, por ser tan claras, y que quedan supuestas en el hecho, y repetidas en esta alegaciõ, no bueluo a referirlas, y bastale dezir a Pedro

de

de Zuluaga, que no ay la obligacion, y fiança de ſu perſona, que ſe ſupone, y el efecto que obran las palabras vltimas del dicho auto, ibi: *Y auiendo pagado la gente, y obligaciones, q̃ el dicho Ioſeph de Palacios aya tomado para el apreſto de la dicha nao, regiſtre por cuenta de los acreedores de la dicha nao lo que reſtare*, que ſon geminadas, y que induzen forma, y condicion, y la palabra reſtare, y quedare de reſto, que antes ſe auia repetido, que prueuan con llaneza nueſtro intento, y excluyen obligacion propria que ſe ha querido ſuponer, y imaginar para vna via executiua, en que ſolo ſe requiere lo literal del inſtrumento, ſin otra diſputa; y ſi lo huuiera, no ſe neceſsitara de tanta controuerſia, que ha ocaſionado a eſta alegacion, y reſpueſta que ſe pudiera eſcuſar con ſolo lo literal del auto, y de la dicha obligacion y fiança, en cuyos terminos ſolo ſe puede, y deue entender, que para el caſo della fue la obligacion de perſona y bienes, hoc eſt, de dar la cuenta de la adminiſtracion, y de ſu procedido, hazer las dichas pagas y todo, ratione officij, y durante el.

Y el texto en la ley etſi is quem, C. de præd. minorũ, que alega Boerio en la deciſion 80. num. 6. circa finem, y Gutierr. in dict. cap. 13. num. 2. menos no osbſta; porque ſu diſpoſicion procede en diferente caſo, adonde el tutor vendiô lo que no pudo, y tuuo dolo, y el miſmo ſe obligò expreſſamente a ſi, y ſus bienes, vt denotant verba, ibi: *Pignora ſanè, quæ ob euictionis periculum idem curator ex rebus proprijs tibi obligauit*, y aſsi lo entienden todos, y Boerio, dict. deciſ. num. 6. circa finem, *Et idem tenetur ſi nomine proprio ſe, & bona ſua, & non ſui pupilli obligauerit*, l. etſi is quem, C, de præd. minor. que es lo miſmo que ſigue Gutierrez, dict. num. 2. ibi: *Fallit 1. hæc concluſio ſi tutor, vel curator, nomine proprio ſe, & ſua bona obligauit, tunc enim tenetur de euictione, ita probat text. in l. etſi is quem, C. de præd. minor.* Y aqui no ay obligaciō de nombre proprio, ni de bienes, en q̃ Pedro de Zuluaga, y ſu fiador, ſe conſtituyeſſen para pagar las deudas; y con eſto miſmo ſe reſponde a la ley ſeruum Titij 49. ff. de mandati, cuyo

caſo

caso es del Procurador que vendiò el esclauo ageno, mandato alterius; y aunque el no lo ignorò, quedó obligado a la euiccion: el qual pondera Gutierr. dict. loco num 5. y en el num. 18. refiere, que la razon de decidir, fue porque se obligò proprio nomine a la obseruancia del contrato, quia tunc ipse indubitanter perpetuo tenetur, quia egressus est natura officij, nam aliàs non obligādose proprio nomine non teneretur, vt tradūt, Bald. & DD. in l. 1. credit. pignor. euict. non debe. & Boer. in d. decis. 80. nu. 4. ibi: *Quod intelligi etiam debet, quod non teneatur nomine proprio, scilicet, quando quis vendit rem tāquam procurator alterius, vel tamquam tutor, tunc non tenetur de euictione suo proprio nomine.*

Y a lo vltimo que se nos opone, de q̄ el hecho de dar la cuenta Zuluaga a Pedro de Chacon, y de quitarle la administracion, no pudo parar perjuyzio a doña Catalina, por dezir, que la obligaciō de pagar las escrituras, no estaua sujeta a que se acabasse la cuenta, por ser suya propria, se satisface con lo que queda dicho, y fundado, de que consta quan incierto es el supuesto en q̄ se buelue a insistir, de que la obligacion de pagar las escrituras fue nomine proprio, & non ratione officij, y que no está sujeta a que se acabasse, y feneciesse el oficio de administrador, ni a que se hiziesse la cuenta, pues nada desto ay en ella: y assi la ley Modestinus respōdit, ff. de exceptionibus, y la ley Claudius, ff. qui potiores, y los demas, no se ajustan al hecho de que aqui se trata, pues es cierto en el; que doña Catalina de Espinel nunca tuuo derecho adquirido contra Pedro de Zuluaga por obligacion propria, que en su fauor huuiesse contraydo, sino solamente por el oficio de administrador; caso que lo continuasse, y huuiesse cobrado de los fletes y aprouechamientos de la nao, con que poder pagar las escrituras, que es solo lo que comprehendiò la obligacion, y fiança; como largamente queda fundado.

Y con esto se satisfaze tambien a el dezir; que Pedro Chacon no fue parte para librar a el dicho Zuluaga de la obligacion que supone tenia de pagar las dichas escritu-

crituras, aunque el lo fuesse, para darle por libre de la administracion; porque no estando obligado Pedro de Zuluaga por su persona, como no lo estuuo, no huuo en que pudiesse auer liberacion, quia non entis nullæ sunt qualitates.

Y lo que se opone a la quenta de la administracion, que Pedro de Zuluaga dió a Pedro Chacon, que fue quiẽ la continuò, y que para ella no se citaron los acreedores, menos nos puede obstar para el articulo executiuo, de que aqui se trata, y que se declare no auer lugar por lo que està dicho, si bien el dicho Pedro Chacon fue la persona legitima, a quien se le deuiò dar la quenta, y entregar la nao, para que cobrasse sus aprouechamientos, como lo hizo assi, porque el era el verdadero administrador, y el dicho Pedro de Zuluaga solo fue por el tiempo del impedimento de Pedro Chacon, cuyo hecho suplicó el Iuez de Cadiz, nombrando a Pedro de Zuluaga, que por la disposicion de la ley si ob causæ, Cod. de euiction. obró el mismo efeto, que si Pedro Chacon lo huuiesse nombrado, como porque auiendo cessado el dicho impedimento, y la causa del boluiò a continuar Pedro Chacon su administracion, y la Sala mandò que se le entregasse, y que Pedro de Zuluaga le diesse la quenta, como en efeto se hizo, con que el Iuez le diò por libre, y lo quedò sin embargo de la defensa que Pedro de Zuluaga hizo, con que aun quando no fuera Pedro Chacon persona tan legitima, como lo fue, para pedirle la quenta, venia Pedro de Zuluaga a estar libre, quia iussus iudicis debitorem excusat, l. furti, §. qui iussu, ff. de ijs quib. infam. irrogatur, l. non videtur §. qui iussu, ff. de regul. iur. Menochius de arbitr. lib. 2. casu 137. num. 12.

Demas de que siendo el dicho Pedro Chacon el verdadero Administrador, nombrado por todos los acreedores de la nao, el era solo el que podia, y deuia tomar la quenta de lo que en el interin de su impedimento se hizo por el dicho Pedro de Zuluaga, y lo que en ella hizo por ser contra legitimo contraditor, para pleno

perjuizio a los acreedores, a quien el eſtâ principalmente obligado a dar la quenta de toda la adminiſtracion, argumento l. cum principalis 139. ff. de reg. iur. docent conſulti in l. Papinianus 8. §. penul. & in l. qui repudiante 17. in fin. l. cum mater 28. ff. de inoffic. teſtament. l. à ſententia, 5. l. ſi per luſorio 14. ff. de appellat. Bald. cõſ. 265. lib. 1. num. 5. Surd. conſ. 359. num. 19. Couar. pract. cap. 13. Barboſa ad titulum de iuditijs, in l. vendita 49. num. 170. Pinel. in l. 1. 2. p. C. de bon. maternis, Molina de primog. lib. 1. cap. 8. num. 3. cum ſeq. Suarez alleg. 27. num. 1. Gregor. in l. 20. tit. 22. partit. 3.

Ex quibus manifeſtè patet, que no auiendo obligacion legal, ni conuencional para lo que doña Catalina pretende contra el dicho Pedro de Zuluaga, y ſu fiador, cuya adminiſtracion ceſsò, y ſe acabô con auerla continuado Pedro Chacon, a quien Pedro de Zuluaga diò la quenta, no ay contra el derecho ordinario, ni executiuo, y ſu juſticia es llana, para que ſe dè por ninguna la execucion, vt eſperamus. Saluo, &c.

El Doctor Aluaro Gil.